

O ESTADO SOCIAL E O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS

HENRIQUE DAMIANO*

Resumo: Estado de Bem-Estar Social é aquele interessado no bem-estar, oposto ao comunismo e ao autoritarismo.

O *Welfare State* apareceu para superação das contradições históricas derivadas do liberalismo clássico. Após a Segunda Guerra Mundial, o Estado Social desenvolveu-se nos países componentes do bloco ocidental. Em países em vias de desenvolvimento ainda é incipiente a atuação do Estado no campo social, em que pesem as cláusulas sociais inseridas em suas Constituições.

O Estado deixou de centrar-se preponderantemente no direito, não sendo o único meio de ação, senão um dos instrumentos de gestão, tendo como contrapartida a justiça distributiva material, e atualizando-se mediante a eficácia das políticas e prestações estatais.

Quando o Estado estende sua influência a quase todos os domínios que anteriormente pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante, o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6ª ed., Malheiros, 1996, p. 186).

Sumário: 1 Introdução; 2 O Estado social; 2.1 Objetivo histórico; 2.2 A formulação da idéia e sua constitucionalização; 3 Notas características do Estado social; 3.1 Estado e sociedade; 3.2 Progresso técnico; 3.3 Estado liberal; 3.4 Condições mínimas; 3.5 Desenvolvimento econômico; 3.6 Sistema tributário; 3.7 Representatividade; 4 Estado social e estado de direito; 5 Princípio da legitimidade; 6 Princípio da divisão de poderes; 7 Princípio da legalidade; 8 O controle da legalidade e da constitucionalidade; 9 Conclusão.

Palavras-chave: Estado Social; Estado Liberal; Disfunções Sociais; Ação do Estado no Desenvolvimento Econômico e Social; Liberdade e Mínimos Vitais.

*Henrique Damiano é Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região e doutorando pela Universidade Castilla – La Mancha – Espanha

1 INTRODUÇÃO

Outras denominações que recebem este modelo de Estado são *Welfare State*, Estado de Bem-Estar e Estado Social Democrata, denominações devidas a KENNETH EWART BOULDING¹, e que significa, neste caso, um Estado interessado no bem-estar, oposto ao comunismo e ao autoritarismo.

A idéia do Estado subjacente e as mencionadas denominações desenvolveram-se plenamente nos países industrializados e pós-industrializados, porém algumas delas servem de modelo orientador para os países em trânsito ao desenvolvimento, do mesmo modo que serviram às constituições democráticas e liberais.

As denominações de Estado de partidos e de Estados de associações aludem a problemas específicos do processo de distribuição do poder. O conceito de *Welfare State* refere-se a uma dimensão da política estatal, as finalidades do bem-estar social: é um conceito mensurado em função da distribuição das cifras destinadas aos serviços sociais e de outros índices e as questões que se colocam, tais como seus custos, suas possíveis contradições e sua capacidade de reprodução, podem também ser medidos quantitativamente.

Por outro lado, a denominação e o conceito de Estado Social inclui, não só os aspectos do bem-estar, mas também os problemas gerais do sistema estatal de nosso tempo, que em parte podem ser medidos e em parte simplesmente estendidos. O *Welfare State* refere-se a um aspecto da ação do Estado, não exclusiva de nosso tempo, posto que o Estado da época do absolutismo também foi qualificado como Estado de bem-estar, embora o Estado Social se refira aos aspectos totais de uma configuração estatal típica de nossa época.

As medidas de adaptação e transformação do Estado liberal-burguês no campo do social não são totalmente novas, pois no século XIX e princípios do século XX,

registraram-se medidas estatais de intervenção social. Hoje as encontramos com caráter generalizado, pois já não se limitam à resolução das mais imediatas necessidades econômicas, ou medidas de beneficência, posto que se estende a todos os âmbitos vitais, como a promoção do bem-estar, da cultura, da diversão, etc., e também no que respeita aos destinatários das mesmas, que já não são somente as classes obreiras, mas também a classe média.

O mesmo ocorreu no campo econômico, apesar do princípio geral do *laissez-faire* (palavra de ordem do liberalismo econômico, cunhada no século XVIII pelos fisiocratas franceses, proclamando a mais absoluta liberdade de produção e comercialização de mercadorias), relativo ao Estado do século XIX, em todos os países houve medidas alfandegárias destinadas a defender ramos econômicos específicos do comércio exterior. Também houve subsídios estatais a determinadas atividades técnicas. Havia algumas medidas estatais de intervenção econômica, porém de caráter setorial e localizada, como medidas subsidiárias e corretivas dos desajustes do sistema que se considerava, em geral, auto-regulado. Atualmente encontramos, de forma geral, uma política estatal de direção permanente e programada do conjunto das atividades econômicas.

2 O ESTADO SOCIAL

2.1 Objetivo histórico

No que tange aos elementos sócio-históricos, que propiciaram a passagem do Estado Liberal ao Social, eles são principalmente dois.

De um lado, a necessidade de dar solução aos problemas ou disfunções criados pela estrutura do Estado Liberal. Como recorda KAMMLER² o poder público vinha sendo solicitado para atuar de mediador nos fortes enfrentamentos que o capital e o trabalho vinham provocando. O Estado, vendo-se assim envolvido, reagia com a adoção de medidas sociais, e ocasionalmente, com

¹BOULDING, Kenneth Ewart. *O significado do século XX*, Editora Fundo de Cultura, Rio de Janeiro: 1966

²KAMMLER, Jorg. *Funções de Governo, Introdução à ciência política*. Anagrama, Barcelona, Espanha: 1971, pág 62.

medidas repressivas, dando a impressão de que estava integrando os trabalhadores no sistema, até que a *grande crise* de 29 produziu os efeitos definitivos: de um lado o autoritarismo e a ganância excessiva do capitalismo em prejuízo da justiça social e, por outro, abandonando a sua própria dinâmica, compactuava com a produção dos desequilíbrios sociais.

As profundas crises econômicas e o agravamento da luta de classes, presentes no período entre-guerras, repercutiram decisivamente na estabilidade das instituições políticas. As experiências totalitárias europeias e o desastre da Segunda Guerra Mundial, levou as potências ocidentais ao compromisso histórico de evitar a volta ao sistema anterior ou a caída em um socialismo de inspiração soviética.

Para tal propósito resultou extremamente útil a política econômica proposta por KEYNES³, em 1936: segundo ele, era possível chegar por métodos democráticos e sem alterar, fundamentalmente, a economia capitalista, ao aumento da produção, aumento da capacidade aquisitiva das massas e redução do desemprego. Para obter êxito seria necessário que o Estado assumisse a função orientadora e o controle do processo econômico sem chegar a adquirir a propriedade ou os meios de produção.

Por outro lado, contribuíram ao desenvolvimento e à atual complexidade das funções estatais, as possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento tecnológico na medida em que facilitou a presença das ações estatais (impossíveis de conceber sem as técnicas de controle e programação com que

hoje se conta) e, de outro, este mesmo desenvolvimento, com os riscos inerentes a ele, exigiu que a função diretiva permanecesse nas mãos do Estado.

2.2 A formulação da idéia e sua constitucionalização

Como precursor da idéia de Estado Social costuma-se citar LORENZ VON STEIN⁴, que, em 1850, defendeu que havia terminado a época das revoluções das reformas políticas para começar a revolução das reformas sociais, pela qual somente uma teoria e uma práxis consciente permitiriam enfrentar com êxito o futuro. Entendeu-se

que a fortaleza do Estado depende do nível moral e material de seus cidadãos, pelo que é absurdo permitir a miséria da população, de sorte que corrigir as disfunções sociais de uma sociedade industrial competitiva não é tão só uma exigência ética, senão também, uma necessidade histórica a fim de se evitar uma revolução social.

Dentro da história da idéia do Estado Social, devem mencionar-se também certas tendências do pensamento social democrata clássico, iniciadas por LASALLE e perseguidas, *mutatis mutandis*, pelas direções marxistas revisionistas, inclusive as centristas. O Estado foi, e é, um instrumento de dominação de classes, porém é também uma instituição que, sob pressão dos partidos e das organizações obreiras, pode conseguir constantes melhoras para as classes trabalhadoras, as quais, têm interesse em um Estado forte, eficaz e socialmente orientado; sua presença para a sociedade e para o cumprimento das funções sociais, exige desenvolvimento de suas atividades econômicas e administrativas.

*“...corrigir as disfunções
sociais de uma sociedade
industrial competitiva não é
tão só uma
exigência ética, senão
também, uma necessidade
histórica a fim de se evitar
uma revolução social.”*

³KEYNES, John Maynard. *Breve Tratado Sobre a Reforma Monetária*. Editora Fondo, México, 1992, pág. 18/25

⁴MARTINEZ, Elias Gonzalez-Posada. *La Europa Social*. URL www.der.uva.es/trabajo/euso.html. 21/03/2005.

Uma futura sociedade socialista é impensável sem um Estado que assegure a direção do processo produtivo. A luta não é contra o Estado. Embora a democracia política seja uma forma de dominação de classes, deve-se considerá-la como uma valiosa e definitiva conquista da civilização e somente sob a qual poderá avançar a democracia social. A democracia tem, pois, dois momentos: o político e o social. O primeiro é pressuposto inescusável para conseguir o segundo e este é, por sua vez, a plena realização dos valores de liberdade e igualdade proclamados por aquele. Parafraseando uma famosa expressão escolástica, poderíamos sintetizar esta posição dizendo que o socialismo não anula a democracia, senão a aperfeiçoa.

A formulação da idéia de Estado Social (de Direito) se deve a HERMANN HELLER⁵, militante social democrata, que enfrentou o problema concreto da crise da democracia e do Estado de Direito, e que considera que é preciso evitar não só a ditadura fascista mas também a degeneração a que se conduziu o positivismo jurídico pelos interesses das categorias dominantes. Para isso não é necessário renunciar ao Estado de Direito, senão dar-lhe um conteúdo econômico e social. Só o Estado Social de Direito (escrevia em 1929) pode ser uma alternativa válida frente à anarquia econômica e frente à ditadura fascista e, portanto, só ele pode ser a via política para salvar os valores da civilização.

A idéia de Estado Social foi constitucionalizada pela primeira vez em 1949 pela Lei Fundamental (Constituição) da República Federal Alemã, ao defini-lo, em seu artigo 20, como “um Estado Federal, Democrático e Social”, e, em seu artigo 28,

como “um Estado Democrático e Social de Direito”. A Constituição espanhola de 1978 estabelece em seu artigo 1.1 que “Espanha se constitui em um Estado Social e Democrático de Direito”.

3 NOTAS CARACTERÍSTICAS DO ESTADO SOCIAL

Limitar-nos-emos agora aos aspectos que permitem colocar em relevo as noções básicas do Estado Social.

3.1 Estado e sociedade

Em primeiro lugar, a diferença que ocorria na etapa anterior, Estado e Sociedade, já não são realidades separadas nem opostas. O Estado anterior não podia nem devia modificar a ordem social natural e espontânea, datada de racionalidade, cujo equilíbrio sustentava-se somente com o reconhecimento da liberdade e da igualdade. O Estado Social posiciona-se no sentido de que a sociedade, deixada a seus mecanismos auto-reguladores, conduz à pura irracionalidade e de que só a ação do Estado pode neutralizar os efeitos disfuncionais de um desenvolvimento econômico

e social controlado. Por conseguinte, o Estado não pode limitar-se a assegurar as condições ambientais de uma suposta ordem social imanente, nem a vigiar os distúrbios de um mecanismo auto-regulado e, pelo contrário, há de ser ele o regulador decisivo do sistema social e deve dispor-se à tarefa de estruturar a sociedade através de medidas diretas ou indiretas: “Estado Social – disse H.P. IPSEN – significa a disposição e a responsabilidade, a atribuição e a competência do Estado para a estruturação da ordem social”⁶. Os limites para a estruturação da ordem social são discutíveis e podem

“O Estado Social posiciona-se no sentido de que a sociedade, deixada a seus mecanismos auto-reguladores, conduz à pura irracionalidade e de que só a ação do Estado pode neutralizar os efeitos disfuncionais de um desenvolvimento econômico e social controlado.”

⁵HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. URL: www.mindef.gov.br

manifestar-se nas seguintes posições: 1) O Estado Social tem como função assegurar os fundamentos básicos do *status* econômico e social adaptando-os às exigências do tempo atual e excluindo permanentemente os distúrbios para seu bom funcionamento, de modo que, em essência, está destinado a garantir o sistema de interesse da sociedade atual, da sociedade neocapitalista; 2) O Estado Social significa uma correção não superficial, senão de fundo; não factorial (parcial), senão sistemática (total) do *status quo*, cujo efeito acumulativo conduz a uma estrutura e estratificação social novas e concretamente a um socialismo democrático.

A política estatal leva a cabo, direta ou indiretamente, uma ação estruturadora da sociedade nos países industrializados e pós-industrializados e que se manifesta em múltiplos aspectos como, por exemplo, em sua contribuição às modificações da estratificação e mobilidade social, criando, se não novas classes, novas categorias sociais, promovendo o potencial científico-tecnológico através dos programas de investigação e desenvolvimento, abrindo o desfrute de bens materiais e imateriais mediante o crescimento dos serviços sociais, especialmente de saúde e educação, criando por si mesma ou promovendo a criação de novas frentes de trabalho, reduzindo, por medidas jurídicas e econômicas, o âmbito e a intensidade da luta de classes, etc. Em outras palavras, a sociedade atual não seria como é sem a permanente e sistemática ação do Estado. A este resultado tem-se chegado, historicamente, tanto por uma coerção da sociedade pelo Estado, como por uma coerção do Estado pela sociedade. Pelo ponto de vista estatal, as experiências dos anos anteriores à Segunda Guerra Mundial, mostraram que a existência do Estado estava submetida a fortes tensões, a grandes gastos de energia, a permanentes crises políticas, etc., que em alguns países terminaram com o regime democrático e livre para dar lugar a formas

estatais totalitárias capazes de resolver temporariamente alguns dos problemas existentes, como a greve e a ordem pública, porém à base de grandes custos, como a anulação das liberdades, a constante aplicação da violência, o reinado de um terror difuso, a política exterior agressiva ocasionando a destruição da ordem internacional, etc. Por conseguinte, se o Estado queria subsistir deveria estar disposto a controlar permanentemente os aspectos econômicos, sociais e culturais da sociedade. E caso o Estado Democrático de Direito queira continuar tendo vigência, deveria adaptar seus valores às novas exigências e incluir em seus objetivos a regulamentação permanente do sistema social. Em termos de teoria de sistema, deveria dispor-se a controlar seu ambiente socioeconômico a fim de não receber insumos negativos incapazes de serem absorvidos pelo sistema estatal.

De outro lado, a sociedade exercia uma ação coercitiva sobre o Estado dado que, por sua própria ação, era incapaz de resolver os conflitos existenciais que albergava em seu seio ou, dito de outro modo, havia perdido sua capacidade de auto-regulamentação e havia de buscar no Estado a ação reguladora de que carecia. E, por todos os grupos da sociedade, qualquer que fora seu *status* econômico, postulava-se energicamente, apesar de que em sentido distinto e contraposto, a ação do Estado para dar à sociedade a ordem que esta era incapaz de dar-se. Em suma, o Estado era incapaz de subsistir sem proceder à reestruturação da sociedade e a sociedade, por sua vez, era incapaz de subsistir sem a ação estruturada do Estado.

3.2 Progresso técnico

O Estado Social nasce e se desenvolve em íntima convivência com o progresso técnico. Este tem proporcionado toda sua capacidade para garantir ao cidadão as oportunidades vitais. O avanço tecnológico é tão importante que condiciona as relações sociais

⁶IPSEN, H.P, *Europaisches Gemeinschaftsrecht* apud GARCIA-PELAYO, M.- *As transformações do Estado contemporâneo*. Aliança, Madri, 1985, p. 64.

e se impõe na ordem política, dando lugar a extraordinárias modificações em tal ordem.

3.3 Estado liberal

O Estado Social não pretende negar os valores e fins do Estado Liberal (a liberdade e a igualdade do indivíduo). Ao contrário, assume-os e trata de fazê-los mais efetivos, dando-lhes uma base e um conteúdo material partindo do pressuposto de que indivíduo e sociedade não são categorias isoladas e contraditórias, tendo implicações recíprocas de tal modo que não se pode realizar um sem o outro. Não há possibilidade de atualizar a liberdade se seu estabelecimento e garantias formais não vêm acompanhadas de condições existenciais mínimas que façam possível seu exercício real. Enquanto nos séculos XVIII e XIX pensava-se que a liberdade era uma exigência da liberdade humana, atualmente se pensa que a dignidade humana (materializada em pressupostos socioeconômicos) é uma condição para o exercício da liberdade. A propriedade individual tem como limite os interesses gerais da comunidade, dos trabalhadores e dos empregados. A seguridade formal tem que vir acompanhada da seguridade material frente à necessidade econômica permanente ou contingente, através de instituições como o salário mínimo, o seguro desemprego, a atenção médica, etc. A seguridade jurídica e a igualdade perante a lei, devem ser complementadas com a seguridade de condições vitais mínimas e com a correção das desigualdades econômicas e sociais. A participação na formação da vontade estatal deve ser aperfeiçoada com uma participação no produto nacional, através de um sistema de prestações sociais e com uma participação na democracia interna das organizações e das empresas, através de métodos

como o controle obreiro, a co-gestão e a autogestão.

Deste modo, enquanto o Estado tradicional se sustentava na justiça comutativa, o Estado Social se sustenta na justiça distributiva; enquanto o primeiro consignava direitos sem menção de conteúdo, o segundo distribui bens jurídicos de conteúdo material; enquanto o Estado tradicional era fundamentalista, um Estado legislador, o Estado Social é um Estado gestor a cujas condições devem submeter-se as modalidades das legislações; enquanto que um se limitava a assegurar a justiça legal formal, ao ou-

tro se estende a justiça legal material. No Estado tradicional, tratava-se de proteger a sociedade do Estado; no Estado Social, protege-se a sociedade pela ação do Estado. Naquele, tratava-se de um Estado que se realizava pela omissão das entidades privadas, neste, trata-se de um estado que se realiza por sua ação em forma de prestações sociais, direção econômica e distribuição do produto nacional.

3.4 Condições mínimas

O Estado Social é um Estado que se responsabiliza para que os cidadãos contem com “mínimos vitais”, a partir dos quais podem exercer sua liberdade. Se o Estado Liberal quis ser o estado “mínimo”, o Estado Social quer estabelecer as bases econômicas e sociais para que o indivíduo, a partir do mínimo garantido por aquele, possa desenvolver-se. Daí que os alemães definiram o Estado Social como Estado que se responsabiliza pela “procura existencial” (*Daseinvorsorge*). O homem desenvolve sua existência dentro de um âmbito constituído por um repertório de situações e de bens e serviços materiais e imateriais, por uma possibilidade de existência, designada como espaço vital. Dentro desse espaço,

“O Estado Social é um Estado que se responsabiliza para que os cidadãos contem com “mínimos vitais”, a partir dos quais podem exercer sua liberdade.”

desse âmbito ou condição de existência, tem-se que distinguir, de um lado, o espaço vital dominado, ou seja, aquele que o indivíduo pode controlar e estruturar intensivamente por si mesmo, o espaço que não tem que coincidir necessariamente com a propriedade (poço da casa ou da aldeia, o cavalo de carga, o cultivo particular). De outro lado, o espaço vital efetivo constituído por aquele âmbito em que o indivíduo realiza faticamente sua existência. É constituído pelo conjunto de coisas e possibilidades das quais se serve, porém sobre as quais o senhorio não tem controle (serviço público de água, sistema de tráfego ou de telecomunicações, ordenação urbanística, etc.).

A civilização tecnológica tem aumentado constantemente o espaço vital efetivo e diminuído gradativamente o espaço vital dominado ou, dito de outro modo, o indivíduo tem perdido crescentemente o controle sobre a estrutura e os meios de sua própria existência. A necessidade de utilizar bens e serviços sobre os quais se carece de poder de ordenação e disposição direta, produz a pobreza social, instabilidade da existência. Diante disto, atua o Estado como uma de suas principais missões na responsabilidade da procura existencial de seus cidadãos, levando a cabo as medidas que assegurem ao homem as possibilidades de existência que não pode assegurar-se por si mesmo, tarefa que ultrapassa as noções clássicas de serviço público como a de política social *stricto sensu*.

3.5 Desenvolvimento econômico

O Estado Social não reconhece os direitos sociais no mesmo nível de exigência e garantia que o Estado tradicional, posto que os direitos sociais costumam ser de configuração legal e submetidos à ação do legislador. As funções sociais que assume o Estado têm um condicionamento básico, o desenvolvimento econômico, de sorte que o êxito das políticas estatais produzem-se de forma proporcional ao nível que se conte com uma economia saneada.

3.6 Sistema tributário

O Estado Social conta com um instrumento jurídico excepcional, o sistema

tributário. O que é próprio do Estado Social, é seu caráter redistribuidor das rendas que, com o auxílio do sistema tributário, lhe permite atender à urgente demanda de serviços sociais.

3.7 Representatividade

O Estado Social é, antes de tudo, um Estado em que os processos de representatividade adquirem a complexidade inerente à acumulação de representatividades de naturezas diversas. A mais ampla representatividade política a que tem conduzido os métodos democráticos do Estado Social, veio somar todo tipo de manifestações grupais que esperam ser ouvidas, bem para obter prestações do Estado benfeitor, bem para chamar a atenção e impor condições ao Estado arrecadador. Em alguns casos tais manifestações ou vozes se institucionalizam (conselhos econômicos e sociais), em outros, atuam mediante pressões de diversos tipos.

O Estado Social conviveu com a máxima expansão do constitucionalismo. O Estado Social herdou do Estado Liberal os postulados do Estado de Direito, tornou-os reais e efetivos, na mesma medida em que dotou-os de princípios democráticos, respeitando-os e impulsionando-os.

4 ESTADO SOCIAL E ESTADO DE DIREITO

A Constituição Alemã deu início à fórmula “Estado Social de Direito”, dando origem ao desenvolvimento desse conceito por juristas e politólogos alemães.

O Estado de Direito em sua formulação originária é um conceito polêmico, orientado contra o Estado absolutista, contra o Estado poder e especialmente contra o Estado polícia, que fomentava o desenvolvimento geral do país e fazia a felicidade de seus súditos à custa de incômodas intervenções administrativas na vida privada e que, como correspondia a um Estado burocrático, não era incompatível com a sujeição dos funcionários e dos juízes à legalidade. O Estado de Direito em seu sentido original, é um Estado cuja função capital é estabelecer

e manter o Direito e cujos limites de ação estão rigorosamente definidos por este, porém, bem entendido que o Direito não se identifica com qualquer lei ou conjunto de leis com indiferença em seu conteúdo, pois o Estado absolutista não excluía a legalidade, senão com uma normatividade acorde com a “idéia do Direito”. O Estado de Direito significa, assim, uma limitação do poder do Estado pelo Direito. A legalidade é um componente da idéia do Estado de Direito, não se identifica com qualquer legalidade, senão como uma legalidade de determinado conteúdo e sobretudo com uma legalidade que não lesione certos valores que se expressam em normas ou princípios que a lei não pode violar. A idéia de Estado de Direito surge do jusnaturalismo e em coerência histórica com uma burguesia, cujas razões vitais não são compatíveis com qualquer legalidade, nem com excessiva legalidade, senão com uma legalidade destinada a garantir certos valores jurídico-políticos, certos direitos imaginados como naturais, que garantissem a livre demonstração da existência burguesa.

A expressão Estado de Direito se incorporou às constituições em tempos muito recentes. Sua formulação não está ligada ao direito positivo, mas, sim, é resultado da construção dos juristas. Vagamente enunciada pela primeira vez por KANT e por HUMBOLDT e de modo mais rigoroso por VON MOHL, foi desenvolvida pelos tratadistas alemães de direito administrativo, que construíram uma teoria politicamente neutral, porém sustentada sobre valores jurídicos cuja evidência não se discutia e sobre uma estrutura de poderes completamente concreta, todo o qual era uma atualização axiológica e organizativa, fora do liberalismo sem adjetivação, fora do liberalismo democrático. Só mais tarde, o pleno desenvolvimento do positivismo jurídico se desprezou desta vinculação subjacente e conduziu à plena e consciente identificação do Direito com a Lei e do Estado de Direito com o Estado legal.

Para KELSEN, todo Estado é um Estado de Direito. O critério de KELSEN,

totalmente coerente com sua teoria de Direito e de Estado, não prosperou nos países ocidentais. E com razão, pois a idéia do Estado de Direito continua tendo sentido não só do ponto de vista dos valores jurídicos e políticos, senão também do ponto de vista da funcionalidade do sistema estatal, já que introduz nele fatores de incerteza. Uma concepção do Estado de Direito formulada dentro de um marco caracterizado pela distinção entre Estado e sociedade, por valores jurídicos considerados como imutáveis e por uma determinada distribuição do poder político-social, não pode manter-se em seus termos clássicos e que há de sofrer o correspondente processo de adaptação às novas situações ambientais.

Alguns doutrinadores postulam a introdução do momento social no Estado de Direito, distinção entre o Estado formal e o Estado material de Direito, distinção que pode variar nas modalidades de sua formulação, cabendo sintetizar do seguinte modo: O Estado material de Direito não se refere à forma, senão ao conteúdo da relação Estado-cidadão, sob a inspiração de critérios materiais de justiça; não gira só em torno da legalidade, mas na legitimidade em uma idéia do Direito, expressão dos valores jurídico-políticos vigentes em uma época. Em realidade, poderia afirmar-se que não se trata tanto dos conceitos contraditórios, quanto de dimensões e de momentos do Estado de Direito: os componentes formais são os mecanismos para atualizar os valores jurídico-políticos que inspiram o Estado e que racionalizam a ação deste, uma vez que os valores jurídicos necessitam ser atualizados através dos mencionados mecanismos. Porém, em todo caso, podem distinguir-se das modalidades de Estado de Direito: a liberal e a social, bem entendido que esta última não significa a ruptura com a primeira, senão um intento de adaptação das notas clássicas do Estado de Direito a seu novo conteúdo e a suas novas condições ambientais.

5 PRINCÍPIO DA LEGITIMIDADE

Os valores básicos que deviam servir ao Estado de Direito Liberal Burguês,

através de sua ordem jurídica, seriam os direitos individuais e mais especificamente, a liberdade individual, a igualdade, a propriedade privada, a segurança jurídica e a participação dos cidadãos na formação da vontade estatal. Tal critério coincidia com o sistema das concepções políticas e dos interesses dos grupos e estratos dominantes, de maneira que a dimensão da axiologia (ou seja, havia uma adequação entre a idéia válida do Direito e os interesses dos estratos) que, dadas as condições históricas, estava em condições de estabelecer o direito.

O Estado Social não nega esses valores, porém lhes dá um novo significado e os complementa com outros critérios axiológico-políticos. Em realidade, nenhum dos valores antes mencionados teve uma significação unívoca e permanente ao longo da história, senão uma coincidência em uma idéia básica suscetível de distintas configurações. Quem tem um conhecimento da história das idéias políticas (que não é o mesmo que a história das teorias políticas) a *libertas* romana é distinta da *libertas* medieval e esta da liberdade moderna; toda liberdade é liberdade de algo e para algo, por conseguinte, cada época histórica e/ou cada estrato ou grupo social deve colocar o problema de frente estabelecendo que coerção concreta deve postular-se para a manutenção de liberdades: frente à coerção do senhor; frente às oligarquias associativas; frente ao Estado; frente às necessidades econômicas sustentadas sobre uma organização político-social; ou como se diz hoje, frente ao “sistema”. Não menos variável é o conteúdo concreto do “para quê?” das liberdades e dos pressupostos individuais ou coletivos delas; por exemplo: para a burguesia clássica, o indivíduo era sujeito direto da liberdade sem necessidade de mediação alguma; por outro lado, para a classe obreira a liberdade individual frente à necessidade econômica é derivada da liberdade sindical. Análogas trocas de significações podem encontrar-se também na propriedade, pois a instituição da propriedade privada se perde na noite dos tempos, não é menos certo que

sua purificação de aderências feudais (que implica a pluralidade de titulares de direitos sobre uma mesma coisa), sua formulação, por assim dizer, clara e distinta não tem lugar até a revolução francesa e até sua formulação pelos juristas como “o domínio ilimitado e exclusivo de uma pessoa sobre uma coisa” (SAVIGNY); esta formulação burguesa tem sofrido como todo o mundo sabe, uma série de retificações para passar a ser um direito não só protegido, senão também limitado e intervindo pela lei e a administração, ao que se acrescenta que a estrutura, mesmo da propriedade individual, tem introduzido a distinção entre o direito e os frutos de uma coisa, que nem sempre é o exercido pelo proprietário. Parecidas reflexões poderiam fazer-se sobre outros direitos clássicos, porém haveria distração demasiada e, para o nosso objetivo, bastam os exemplos mencionados. O que nos interessa é recordar que a liberdade política é irreal se não vem acompanhada da liberdade das dependências econômicas; que a propriedade há de ter como limite sua funcionalidade para os sistemas social e econômico e os direitos dos que participam em fazê-la produtiva; que a seguridade não se estenda somente à dimensão jurídica, senão à dimensão existencial em geral; que a igualdade não seja só frente à lei, mas que se estenda, na medida do possível, aos encargos e benefícios e que a participação se amplie aos bens e serviços e às formas de democracia social.

O Estado Social acolhe os valores jurídico-políticos clássicos, porém de acordo com o sentido que tem tomado através do curso histórico e com as demandas e condições da sociedade do presente. Ademais, a tais direitos clássicos acrescentam-se os direitos sociais e econômicos e, em geral, o derivado da função da procura existencial. Por conseguinte, não só inclui direitos para limitar a ação do Estado, como também direitos a prestações pelo Estado, que naturalmente, devem obedecer ao princípio da eficácia, o que exige uma harmonização entre racionalidade jurídica e a racionalidade

técnica. O Estado, por conseguinte, não só deve omitir tudo o que seja contrário ao direito, como também exercer uma ação constante através da legislação e da administração que realiza a idéia social do direito. Ao Estado se colocam problemas complexos, porém cada tipo de Estado tem que responder à complexidade de sua própria época, cada tipo de Estado deve procurar que tal complexidade não seja desorganizada, senão organizada e controlada, de tal modo que exclua, na medida do possível, as condutas erradas. E para tal fim é necessário conservar as linhas mestras do Estado de Direito.

6 PRINCÍPIO DA DIVISÃO DE PODERES

Outro requisito inicial do Estado de Direito era a divisão de poderes intimamente vinculada à garantia da liberdade e ao império da lei. A rica doutrina iniciada por MONTESQUIEU que, em palavras de RANK, era “uma abstração do passado, um ideal do presente, ao mesmo tempo em que um programa para o futuro”⁷, sofreu ao longo do tempo um processo de dogmatização, convertendo-se em uma proposição acrítica de fé. A divisão e implicação de poderes transformou-se em separação e derivou em uma fórmula vazia de sustentação política, organizativa e sociológica, em uma pura formulação que ignora a existência de outros poderes e, em geral, as transformações no funcionamento do sistema estatal. Porém, deixando de lado a história da teoria, mais tarde transformada em princípio apriorístico da divisão de poderes, nosso problema consiste em determinar em que medida o modelo clássico de tal divisão é compatível com as exigências do Estado Social e, em que medida, se vê obrigado a sofrer processos de adaptação.

Em primeiro lugar, a doutrina clássica da divisão de poderes respondia a uma racionalidade axiológica unilateralmente orientada: o máximo valor era a liberdade, a

que tratava de garantir formalmente mediante a limitação da ação do Estado pelo freio mútuo de seus poderes. No Estado Social, a liberdade é um valor de primeira categoria, porém só pode se fazer valer articulado com outros (principalmente diante da seguridade econômica) que tem de ser garantido materialmente pela intervenção concertada (e não separada) dos poderes do Estado. Em segundo lugar, o modelo da divisão de poderes respondia a uma racionalidade organizativa, a uma divisão das tarefas fundamentais do Estado conforme a qual cada função devia estar a cargo de um órgão distinto, precisamente por aquele que por sua estrutura era mais apropriado para ele. Assim, como *deliberer* – disse MONTESQUIEU – *est le fait de plusieurs*, a formação das leis deve ser tarefa do Parlamento e como agir *est le fait d'un Seul*, deve estar com o Executivo. O Estado Social é um Estado *manager*; uma boa parte da legislação formal, aprovada pelo Parlamento, tem sua origem em projetos de lei apresentados pelo Governo, ao que se une, por outra parte, que o mesmo Parlamento pode ver-se na necessidade de agir mediante as chamadas “leis mediadas”. A tudo isso devemos incluir que o controle da constitucionalidade das leis limita os poderes do Parlamento e concede aos juízes uma função que ultrapassa a assinalada por MONTESQUIEU. Em resumo, a unidade de instituição e função tem sido substituída por um sistema mais complexo em que um mesmo poder cumpre distintas funções e uma mesma função é cumprida por distintos poderes. Finalmente, a divisão de poderes respondia originariamente a uma fundamentação sociológica enquanto cada um dos poderes do Estado sustentava-se sobre uma realidade social autônoma, de modo que a “independência” de cada poder teria como infra-estrutura a autonomia de seus portadores: o Executivo se sustentava sobre a instituição monárquica, o Legislativo, dividido em duas câmaras,

⁷RANK, Leopold Van *apud* GARCIA-PELAYO, M. - *As transformações do Estado contemporâneo*. Ob. cit., p. 43.

sobre os níveis da nobreza e do Terceiro Estado, e o Judicial, se bem que para MONTESQUIEU estava composto de juizes leigos e carecia de presença permanente, era investido, em realidade, pela elite da toga.

Tanto a redução do Estado a três níveis, como as realidades que os sustentavam, deixou gradativamente de ter vigência. Em primeiro lugar, como mostrou GARCIA DE ENTERRIA, já na mesma Revolução Francesa, surge a administração como um poder autônomo de ação permanente com poder e jurisdição próprias, dotado da faculdade de regulamentação da lei – o que permite desviar seu sentido ou bloquear sua vigência dilatando a correspondente regulamentação – e autor e ator ao invés de um ramo específico da administração, à vez de uma específica rama que a administração, uma vez que é um órgão formalmente dependente do governo, constitui por si uma realidade sociológica, um *Beamtenstand* ou nível de funcionários que permanece em seus postos, embora troque a composição do Governo e do Parlamento e que praticamente é o único poder do Estado que se recruta, por si mesmo, através de exames e concursos perante tribunais compostos, na maioria dos casos, pelos próprios funcionários, apesar de que a nomeação de funcionários corresponda formalmente ao chefe do Estado ou a uma instância do Governo. Finalmente, concebida como órgão subordinado de execução da decisão, é certo que seus superiores níveis tecnoburocráticos participam com seus informes e estudos no conteúdo da decisão.

Junto a este quarto poder, têm surgido também os partidos e as organizações de interesses, convergindo entre si por relações de influência recíproca. Ele não somente inclui outros atores, mas também introduz modificações na estrutura real do sistema clássico dos três poderes estatais. Com efeito, quando a maioria do parlamento e o governo pertencem ao mesmo partido ou coalizão de partidos, pode ocorrer que a “independência” entre ambos os órgãos

permaneça fortemente relativizada por sua comum articulação a um só centro que orienta, tanto a ação do governo, como a do parlamento. O parlamento e o governo se convertem em órgão de legitimação das decisões dos partidos, pois o certo é que cada um deles tende a constituir-se em uma instituição zelosa de suas prerrogativas, sujeita a sua própria dialética e submetida a exigências e coerções de uma realidade que só se patenteia quando se acede ao exercício do poder, com a consequência freqüente de que quem o ocupa atue conforme a uma representação das coisas não sempre coincidentes com a de seu próprio partido. Em realidade, não se trata – em termos gerais – de uma dependência unilateral, senão de uma interação ou de um circuito entre os critérios do partido majoritário e as exigências da ação estatal; entre a participação daquele nas decisões governamentais e sua conversão em agente de apoio da política governamental, uma vez que as decisões devem ser tomadas. A estas funções dos partidos governamentais deve-se incluir o exercício do poder de controle por parte dos partidos na oposição.

Em resumo, a tripartição dos poderes é demasiadamente simples para explicar a divisão dos poderes em um Estado e em uma sociedade acentuadamente complexa, o que unida a outros possíveis critérios de distribuição, conduziu à formação de novas teorias da divisão de poderes. Entre elas merece ser mencionada a de W. STEFANI⁸ que distingue entre: 1) divisão horizontal coincidente com a clássica (alguns, como veremos mais adiante, a reduzem a dois poderes); 2) divisão temporal, ou seja, a duração limitada e a rotação no exercício do poder público; 3) a divisão vertical ou federativa, que se refere à distribuição do poder entre a instância central e as regionais ou locais, e que, como é obvio, pode expressar-se em distintos graus de autonomia; 4) divisão decisória: enquanto que as divisões anteriores têm caráter normativo, esta, ao contrário, se refere aos atores que intervêm na prática da tomada de decisões políticas;

5) divisão social de poderes entre os estratos e grupos da sociedade. A elas incluiremos a divisão entre a autoridade política sustentada sobre uma investidura pública e a autoridade técnica, *operational authority*, sustentada sobre os conhecimentos necessários para tomar ou realizar uma decisão.

Sob tais pressupostos pode-se chegar à conclusão de que o sistema clássico da divisão de poderes passou a constituir um subsistema dentro de um sistema mais amplo, o que não só significa a relativização de sua importância desde o ponto de vista da teoria política e do Estado, senão que significa também mudanças substanciais em sua estrutura interna, devido precisamente à relação de seus termos com outros componentes do sistema geral, do que é exemplo, entre outros, a redução da “independência” entre o parlamento e o governo, como consequência de sua comum articulação a um mesmo partido ou coalizão de partidos, a que antes fizemos menção. Nada disto quer dizer que o manutenção e a funcionalidade jurídico-política da divisão clássica de poderes careçam de sentido, senão que simplesmente modificaram seu sentido. Com efeito, tem, todavia, a função de assegurar a unidade e a estabilidade do Estado democrático, já que sobre o que um pluralismo desordenado não pode haver mais que um pluralismo desordenado e desintegrado, sobre o que é impossível fundamentar ordem estável alguma. Tem a função de contribuir à racionalidade do Estado democrático introduzindo fatores de diferenciação e articulação no exercício do poder político, pelas forças sociais e de obrigar os grupos politicamente dominantes a adaptarem o conteúdo de suas vontades a um sistema de formas e de competências, objetivando, assim, o exercício do poder, o que, unido à crítica da oposição no parlamento, põem limites a seu exercício arbitrário pelo partido do governo ou pelos partidos majoritários. Como disse MAX WEBER⁹, a divisão dos três poderes “tem, todavia, um certo valor

disciplinador e sustentador do Estado, tem a função de disciplinar e limitar o uso do aparato estatal pelos pretendentes e mantenedores do poder”. A ele cabe acrescentar que o conjunto de conceitos normativos criados em torno da divisão de poderes contribui, para garantir, juridicamente, a liberdade individual. A politização do governo e do parlamento, que, como vimos, relativiza a autonomia de ambos, tratou de ser neutralizada, tanto na teoria como na prática institucional, pelo realçamento da judicatura a um poder capaz de defender o cidadão dos excessos da Administração e da Legislação, ante tudo, mediante o controle da constitucionalidade, que a converte em guardião do correto uso do aparato estatal, até o ponto em que alguns tratadistas transformam a tripartição clássica na dualidade Governo/Parlamento, de um lado e judicatura, de outro.

7 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade significa que toda ação da Administração e toda decisão dos tribunais devem ser uma aplicação da lei. Tal princípio é coerente com o princípio da ilegitimidade racional (no sentido de MAX WEBER), segundo o qual não mandam os homens e nem as autoridades, senão as leis. Assim é também com a segurança jurídica como um dos valores a garantir pelo Estado e é, não menos, com a hegemonia do Parlamento dentro do esquema clássico da divisão de poderes. Corolário do princípio da legalidade é, prescindindo aqui das circunstâncias jurídico-políticas em que se originou – o da reserva legal, segundo o qual toda intervenção que afete a liberdade e a propriedade só pode ter lugar em virtude de uma lei formal, aprovada pelo Parlamento.

Quando se formulou o princípio da legalidade, entendia-se por lei uma normatividade geral, abstrata, válida para um número indefinido de casos e para um tempo indeterminado. Tal ideia abstrata e genérica da lei correspondia: 1) com uma ideia das funções do Estado e 2) com uma ideia da racionalidade. No primeiro aspecto,

⁹SANCHES FERRIZ, R. *Introdução ao Estado Constitucional*. Ed. Ariel, Barcelona, 1993, pág.36

⁹SANCHES FERRIZ, R. *Introdução ao Estado Constitucional*. Ob. cit., p. 39

correspondia a um Estado que se limitava a criar as mínimas condições ambientais para que os sistemas social e econômico, supostamente auto-regulados, atuassem conforme sua própria dialética, ou seja, a lei criava uma ordem para a ação de outros, porém ela mesma não era – normalmente – um instrumento de ação ou intervenção do Estado no curso dos acontecimentos. A lei deveria ser expressão da vontade popular expressada por seus representantes, não é menos certo que, através da mediação do Parlamento, era também expressão da racionalidade; não se tratava de substituir um decisionismo por outro, o *tel est notre plaisir* do rei pelo representante do povo, senão que partindo do princípio de que “da discussão sai a luz”, acreditava-se que da composição honesta de vontades e critérios na discussão parlamentar surgia a racionalidade da lei. Tal idéia tem como suposto uma crença herdada da ilustração, a saber, a idéia de que existe uma racionalidade objetiva que encerra tanto um *logos* (umas relações necessárias entre as coisas) como um nome (cuja expressão é o estado natural), que existe uma ordem objetiva imanente à realidade obtida ao entendimento, seja partindo de alguns princípios seguidos de um discurso lógico, seja mediante um processo de análise e de síntese. A discussão parlamentar é o procedimento adequado para descobrir a racionalidade objetiva em sua dimensão normativa, do mesmo modo que o é a livre concorrência no mercado para proporcionar uma racionalidade econômica objetiva. Partindo desses pressupostos, a lei, genérica e abstrata, como é a razão, cria ela mesma uma racionalidade objetiva, uma ordem racional ao que devem adaptar-se e ao que podem reduzir-se as condutas e os acontecimentos. A lei formal aprovada pelo Parlamento é completada com as normas regulamentárias para sua aplicação emitidas pela administração, seja em virtude de seu próprio poder, seja por autorização do Parlamento.

Tais pressupostos deixaram de ter vigência. Quando o Estado utiliza a legislação,

não só para criar uma ordem geral para a ação, senão também como instrumento de ação, então as leis não podem ter sempre caráter geral e abstrato, senão frequentemente, específico e concreto, de acordo com a singularidade e, frequentemente, com a temporalidade do caso a regular ou do objetivo a conseguir. Ele não está acorde com a idéia de racionalidade típica de nosso tempo: com a chamada razão instrumental, funcional, sistemática, operacional, etc., que desconhece uma ordem racional objetiva e para a qual não há mais que racionalidade subjetiva. Conforme a ela, é racional aquele que, dada uma relação mais ou menos complexa entre fins e meios, serve para lograr um objetivo, de modo que a razão não é uma ordem substancial, senão um mecanismo funcional, um procedimento cujo valor, no melhor dos casos, se mede por sua funcionalidade, ou seja, por sua soma positiva para o manutenção de um sistema *hic et nunc*. Porém, sistema no sentido que atualmente tem o conceito nas chamadas ciências sociais não pode constituir um critério certo e permanente de racionalidade, pois não é algo permanentemente dado, sendo construído, reproduzido ou transformado pela ação contínua, de tal maneira que, o mais que se pode afirmar é que, na situação S, tal medida contribuirá para seu manutenção, porém na situação S¹, pode contribuir para seu bloqueio, de modo que haverá que anular a medida anterior ou, o que é mais freqüente, tomar uma contramedida. Por outra parte, ao estender-se ao âmbito do Estado, e sendo o Direito um método capital da ação deste, nos encontramos: 1) com que a legislação já não gira só em torno de valores jurídicos, nem segue só uma dialética jurídica, senão que pode converter-se em instrumento auxiliar para a realização de outros valores e adaptar-se à dialética destes; 2) a lei passa a ser assim um instrumento para a execução de decisões de distintas espécies, pelo que se compreende que algumas perspectivas politológicas ignorem completamente o Direito para considerar como conceito central do Estado, o do sistema político de decisão;

3) a legislação tem forçosamente que aumentar tanto em quantidade como em diversificação, de maneira que poderíamos imaginar uma situação limite na qual a acumulação de atos de racionalidade jurídica instrumental, destruiria a própria razão jurídica, ou seja, a certeza proporcionada pela ordem jurídica.

Em todo caso, na legislação aprovada pelo parlamento, encontramos uma diversificação de formas devidas, em parte, à quantidade mesma de legislação (já que todo aumento quantitativo que não queira terminar em caos produz por si mesmo a diferenciação), ao caráter instrumental da lei, à impossibilidade de entrar em especificações técnicas na necessidade de adaptação às circunstâncias cambiantes; e, assim, junto às formas clássicas de lei proliferam outros tipos de leis, como as leis medidas, as leis quadro (declaratórias de princípios), a maioria das prescrições legais que afeta o cotidiano da vida e as condições de existência do homem de nosso tempo, não foram aprovadas pelo parlamento, senão estabelecidas pelo governo, a administração direta ou a corporação de direito público,

seja em virtude do exercício do poder regulamentador, seja por autorização legislativa, seja para complementar as lacunas da lei quadro e cumprir os objetivos das leis programáticas, etc.. Formalmente, quicá tudo possa reduzir-se a uma decisão do parlamento mais ou menos vaga ou precisa, expressa ou latente. Porém, mais além de todo formalismo, sabemos que os regulamentos podem desviar o sentido da lei ou bloquear sua aplicação, que em uma lei quadro o programa é muito difícil de determinar se a legislação governamental é adequada às premissas ou aos objetivos estabelecidos em dita lei; sabemos que é muito difícil manter,

com contornos claros e distintos, o princípio da reserva legal em um estado de permanentes intervenções no processo econômico e social. Tendo em conta todas essas modificações da estrutura normativa, podemos chegar à conclusão que o Estado Social de Direito significa um Estado sujeito à lei legitimamente estabelecida conforme o texto e a prática constitucionais, com indiferença de seu caráter formal ou material, abstrato ou concreto, constitutivo ou ativo, a qual, em todo caso não pode colidir com os preceitos sociais estabelecidos pela constituição ou reconhecidos pela prática constitucional como normatização de uns valores por e para os

quais se constitui o Estado Social e fundamenta sua legalidade.

8 O CONTROLE DA LEGALIDADE E DA CONSTITUCIONALIDADE

O Estado de Direito inclui o controle da legalidade dos atos do Estado pelos Tribunais ordinários ou administrativos. Ao controle da legalidade e da constitucionalidade, são incluídos por alguns Estados, a constitucionalidade das leis por órgãos judiciais. Em um Estado material de Direito, tal controle não pode limitar-se à pura di-

mensão formal, incidindo também no exame dos valores materiais estabelecidos pela Constituição, sem necessidade de que estes se expressem no detalhe de um preceito, senão que podem ser determinados através de uma interpretação do sentido total da Constituição.

Em um Estado no qual a vida cotidiana do homem está submetida à intervenção ou ao trâmite administrativo, os Tribunais não bastam para a proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, sendo criado e estendido para distintos países e com distintas modalidades e âmbitos de ação, a figura do *Ombudsman*, isto é, de um cargo cujo titular

*“...Estado Social de
Direito significa um
Estado sujeito à lei
legitimamente
estabelecida conforme
o texto e a prática
constitucionais.”*

é designado pelo parlamento em uma pessoa imparcial e cuja função é defender o público contra arbitrariedades administrativas ou a má administração e dotado de poder para investigar, criticar e publicar, porém sem faculdades para anular a ação administrativa.

Todavia, restam por resolver muitos problemas. Desde seus começos, e muito singularmente desde BODINO¹⁰, o Estado tem sido pensado e construído como uma instituição iuscêntrica e seria razoável considerar o passo do Estado absolutista ao liberal como um aperfeiçoamento do iuscentrismo: em realidade, não significa outra coisa o Estado de Direito. Atualmente, o Estado deixou de centrar-se única ou preponderantemente no direito, nem este é seu único meio de ação, senão tão só um dos instrumentos de gestão, e a justiça distributiva material de outro, devendo atualizar-se mediante a eficácia das políticas e das prestações estatais. Por conseguinte, o controle da legalidade não é hoje mais que uma dimensão do controle da ação estatal. Por outra parte, houve também uma troca na concepção mesma do *ius* que, como antes havíamos dito, não se sustenta ou não só se sustenta em uma racionalidade objetiva, nem se limita a criar através da lei, uma ordem para a ação, senão que se mostra como um modo de aplicação da razão instrumental ou técnica. Ele coloca novos problemas no tocante ao controle da legalidade, pois, como determinar se uma legislação subordinada de caráter técnico cumpre com os objetivos da lei básica da que é especificação?; como determinar se uma intervenção na propriedade ou na liberdade não está justificada pelas exigências

técnicas?; como determinar, em uma palavra, se uma norma é funcional ou não funcional, sendo que a funcionalidade é sua *ratio essendi*? Pois se são normas para um objetivo definido, é claro que devem entrar no âmbito de seu controle, o problema de se são realmente adequadas para conseguir o objetivo em questão. O poder já não beneficia, nem ameniza ao cidadão tão somente com os meios tradicionais, senão também mediante políticas econômicas e sociais errôneas ou certeiras, ou sob o suposto de conexões técnicas. Estes e outros problemas análogos rebaixam as possibilidades do con-

trole judicial por muitos que podem ou queiram estender o âmbito de sua competência e a flexibilização dos métodos interpretativos. Sua solução radica em alguns sistemas de controle muito mais complexos que incluem não só órgãos estatais, mas também para estatais ou sociais, mais captáveis intelectualmente pela projeção sobre o tema de modelos estrutural-funcionalistas, sistêmicos ou cibernéticos, que pelas categorias jurídicas tradicionais.

“Atualmente, o Estado deixou de centrar-se única ou preponderantemente no direito...”

“...devendo atualizar-se mediante a eficácia das políticas e das prestações estatais.”

9 CONCLUSÃO

O Estado, deixando de lado o viés do liberalismo clássico, passou a interferir nas relações econômicas e sociais, objetivando, fundamentalmente a implantação de uma maior igualdade material entre os homens. Abandonando a política abstencionista, o Estado passou a atuar positivamente com o escopo de assegurar a justiça social entre os homens, garantindo-lhes o direito ao trabalho, à previdência, à educação e à saúde, dentre outros direitos sociais. Para tanto,

¹⁰BODINO, Jean. *Les Six Livres de la Republique* apud GARCIA-PELAYO, M. Garcia, As transformações do Estado contemporâneo. Ob. cit., p. 83

foram instituídos serviços públicos e engendrada uma política fiscal que desse suporte aos gastos do Estado, de tal sorte que todos pudessem contribuir, através da tributação para a correção das injustiças sociais.

O escritor brasileiro PAULO BONAVIDES¹¹ nos oferece uma síntese do que seja Estado Social, “Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá aos trabalhadores e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social.”

O *Welfare State* apareceu para a superação das contradições históricas derivadas do liberalismo clássico, que apenas garantia liberdade efetiva aos homens componentes das classes dominantes da sociedade, e não se preocupavam com as questões sociais e o pauperismo da população. Não suprimiu, ao contrário do que aconteceu nos chamados Estados socialistas do já derrubado bloco soviético, as liberdades fundamentais do indivíduo. Ao contrário, buscou garanti-las de maneira efetiva ao estender

ao conjunto da população, direitos econômicos e sociais básicos, sem os quais o indivíduo não tem condições de desenvolver a plenitude de suas potencialidades.

Após a Segunda Guerra Mundial, o Estado Social fincou bases nos países componentes do bloco ocidental. A proteção social cresceu nos países desenvolvidos da Europa e América do Norte. Em países em desenvolvimento, ainda é incipiente a atuação do Estado no campo social, em que pesem os esforços dos últimos tempos, principalmente em decorrência das cláusulas sociais inseridas nas Constituições e que embora muitos conservadores aventam em querer derrubá-las em face dos ventos neoliberais que sopram pelos rincões do planeta.

BIBLIOGRAFIA

- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 6ª ed., 1996.
- EWART BOULDING, Kenneth. *O significado do século XX*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1966.
- GARCIA-PELAYO, M.— *As transformações do Estado contemporâneo*. Madrid: Aliança, 1985.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*, 1934. URL: www.mindef.gov.br
- JAMES, Emile. *História do Pensamento Social*. Madrid: Aguilar, 1974
- KAMMLER, Jorg. *Funções de Governo, Introdução à ciência política*. Barcelona, Espanha: Anagrama, 1971
- KEYNES, John Maynard. *Breve Tratado Sobre a Reforma Monetária*. México: Fondo, 1992.

¹¹BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Malheiros, 6ª ed., São Paulo, 1996, p. 186.

MARTINEZ, Elias Gonzalez-Posada. *La Europa Social*. URL: www.der.uva.es/trabajo/euso.html.
MORALES, Angel Garrorena. *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, 1984.
SÁNCHEZ FERRIZ, R. *Introdução ao Estado Constitucional*. Barcelona: Ariel, 1993.